

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

ILTON GARCIA DA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Eduardo Ramires Santoro; Thayara Silva Castelo Branco – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-534-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático Direito Administrativo e Gestão Pública I no dia 17 de novembro, no turno da tarde.

Durante as 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos 13 trabalhos, que versaram sobre os mais diversos assuntos da atualidade para a Administração Pública: consórcios intermunicipais, instituições fiscais independentes, eficiência administrativa e reforma gerencial, processo administrativo e Código de Processo Civil, lei anticorrupção, arbitragem, subsidiariedade e federalismo, desapropriações e o novo regime jurídico das empresas estatais.

Não obstante seja uma tarefa árdua identificar o atual paradigma teórico da administração pública brasileira, é indubitável o intenso processo de transformações porquê passa a legislação infraconstitucional, a refletir nos mais diversos institutos do Direito Administrativo.

Nesse diapasão, não poderia o mais importante evento jurídico da pós-graduação brasileira deixar de refletir sobre essas mutações no regime jurídico de direito administrativa, o que decorre dos trabalhos científicos encaminhados por pesquisadores de programas de pós-graduação de todo o Brasil.

A sociedade e o Direito em sociedades complexas tendem não somente a aumentar a sua complexização, mas a impender transformações permanentes, sobre as quais os pesquisadores jurídicos devem centrar as suas pesquisas. É o que ocorre nos trabalhos apresentados. É o que continuará a acontecer no mais importantes eventos científicos, como é o caso daqueles promovidos pelo CONPEDI.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP

Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo - UPF

INSEGURANÇA JURÍDICA NA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

LEGAL UNCERTAINTY OF THE LENIENCY AGREEMENT BASED ON THE ANTI-CORRUPTION LAW

Gladstone Avelino Britto

Resumo

Uma disputa entre os órgãos responsáveis pela celebração de acordos de leniência na Lei nº 12.846/2013 tem causado insegurança jurídica para as pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos lesivos e prejudicado o uso desse instrumento, criado para permitir a alavancagem da capacidade investigativa do Estado em casos de corrupção. Esse artigo apresentou as diretrizes legais do tema e debateu os aspectos controvertidos da lei. A metodologia empregada fez uso da técnica de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório e de abordagem qualitativa, visando analisar as questões propostas a partir dos aspectos do direito administrativo indicados nos problemas de pesquisa.

Palavras-chave: Lei nº 12846/2013, Ministério público federal, Tcu, Cgu, Administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

A dispute between the bodies responsible for concluding leniency agreements in Law 12.846 / 2013 has caused legal uncertainty for legal entities involved in the practice of injurious acts and prejudiced the use of this instrument, created to allow leverage of the State's investigative capacity in Cases of corruption. This article will raise the legal guidelines of the topic and discuss the controversial aspects of the law. The methodology used made use of the bibliographic research technique, exploratory and qualitative approach, aiming to analyze the questions proposed from the aspects of administrative law indicated in the research problems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law nº 12846/2013, Prosecution office, Tcu, Cgu, Public administration

1. INTRODUÇÃO

Previsto na Lei nº 12.846/2013, também denominada como Lei Anticorrupção ou de Lei de Responsabilização da Pessoa Jurídica, o acordo de leniência tem sido largamente invocado como consequência dos graves fatos relevados na Operação Lava Jato da Polícia Federal. Considerando a correlação entre os ilícitos criminais praticados pelas pessoas físicas que buscam a delação premiada no processo penal e os ilícitos administrativos e financeiros praticados pelas correspondentes pessoas jurídicas que intentam o acordo de leniência, que é operacionalizado em procedimento administrativo, há uma comunicação entre esses segmentos, pois a prova que se revela em um processo pode ser aproveitada em outro.

No plano das competências para a celebração do acordo de leniência nos termos da Lei Anticorrupção, a atribuição expressa, no Poder Executivo Federal, é do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Contudo, para evitar contestações no campo institucional ao seu trabalho, a CGU tem buscado atuar de forma coordenada com outras instituições na condução desse tema, como a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU).

Embora a Lei Anticorrupção não tenha conferido explicitamente poderes ao Ministério Público Federal (MPF) para firmar o acordo de leniência, o art. 129, inciso IX, da Constituição Federal possibilitou que MPF exerça várias funções que tenham pertinência temática com as suas finalidades institucionais, dentre as quais a persecução em matéria penal e civil, sobretudo como resposta a atos lesivos à administração pública, como a corrupção. A partir do brocardo jurídico de que “quem pode o mais, pode o menos”, resulta que a Constituição implicitamente atribuiu ao MPF a competência para celebrar acordos de leniência com as empresas que praticaram condutas ilegais, pacto esse que deve conter elementos para assegurar a efetividade da colaboração, o resultado útil do processo, além de comprometer a pessoa jurídica que admite sua participação no ilícito com o dever de reparar o dano ao Erário.

O MPF é particularmente interessado em alavancar as investigações a partir da colaboração de empresas, que, por terem muito a perder, do ponto de vista econômico, com a revelação dos fatos delituosos, teriam grande interesse e capacidade de articulação interna para que seus dirigentes e colaboradores informem tudo sabem e que for reputado como ilegal, acelerando a retomada da normalidade em seu mundo de negócios. Por outro lado, sendo o MPF o titular exclusivo da ação penal incondicionada, com sua competência legal para ajuizar ações criminais e alcançar as pessoas físicas responsáveis pelos ilícitos apurados, a possibilidade de

propor ao juiz vantagens no campo penal para as pessoas físicas à frente das empresas que buscam a leniência é poder não disponível às demais instituições que somente operam no campo administrativo. Ou seja, além da leniência possibilitar melhorar qualitativamente as investigações, sobretudo no campo probatório, o MPF pode incluir em seu acordo o ressarcimento dos danos ao Erário, tendo as empresas colaboradoras, em troca, o benefício da redução ou extinção da punibilidade para seus dirigentes e sócios no campo criminal. Com essa moeda de troca, a maioria dos acordos de leniência tenderiam a ser fechados com o MPF, em substituição aos órgãos administrativos.

Ocorre que os órgãos administrativos também têm seus instrumentos punitivos exclusivos, sobretudo quando julgarem que seus interesses institucionais não estão sendo atendidos nos acordos de leniência celebrados pelas empresas infratoras com o MPF. O principal poder está previsto na Lei nº 8.666/1993, que atribui competência à CGU e ao TCU para declarar a inidoneidade de empresas para licitar ou contratar com a administração pública até que o contratado venha a ressarcir o Erário pelos prejuízos apurados administrativamente. Ou seja, quando o cálculo de ressarcimento feito pelo MPF não for considerado adequado pelos órgãos de controle, nada impede que venham declarar inidoneidade das empresas. Essa é uma poderosa sanção, pois impede as empresas de seguir fazendo negócios com a administração pública. A escala em que operam as grandes empreiteiras brasileiras, executando obras públicas ou sendo titulares de concessões de serviços públicos, geram dependência de regularidade cadastral.

Assim, o objetivo geral desse trabalho é examinar como as indefinições podem turvar o horizonte jurídico das empresas que quiserem celebrar acordos de leniência. Os objetivos específicos da pesquisa se destinam a examinar os aspectos gerais da Lei nº 12.846/2013 e de seus princípios informadores, comparando-a com outros instrumentos assemelhados; levantar as competências para celebrar os acordos de leniências; relatar as principais propostas de modificação na Lei Anticorrupção; e apurar o posicionamento oficial do MPF, CGU e TCU sobre o tema. Para tanto, propõe-se uma abordagem a partir de dois problemas de pesquisa: a) quais são as semelhanças e diferenças entre os institutos da colaboração premiada e os acordos de leniência na Lei Anticorrupção e na Lei de Defesa da Concorrência? b) quais os aspectos controvertidos nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção? A metodologia empregada faz uso da técnica de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório e de abordagem qualitativa, visando analisar as questões propostas a partir dos aspectos do direito administrativo indicados nos problemas de pesquisa.

2. TIPOLOGIAS EM ACORDOS PARA A REDUÇÃO DE PUNIBILIDADE

O acordo de leniência é uma espécie de delação premiada voltada para as pessoas jurídicas, encontrando-se previsto em diversos instrumentos legais. Para melhor compreendê-lo, serão analisados nesta seção os princípios dirigentes presentes na delação premiada prevista na Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei de Combate às Organizações Criminosas; na Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC); e na Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, ressaltando suas semelhanças e diferenças.

2.1 Colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013

Os órgãos administrativos e os de persecução penal buscam firmar acordos de leniência com as empresas investigadas tendo por objetivo agregar novos elementos de prova sobre ilícitos, sendo o mecanismo útil na alavancagem da capacidade investigativa, dada a complexidade dos aspectos técnicos, econômicos e políticos presentes nas relações das empresas entre si e com a administração pública. Assim, há uma constante busca visando ampliar as possibilidades de investigação, para conferir mais eficácia na ação punitiva.

Tal processo permite melhorar a eficácia da persecução penal, da elucidação de ações que atentem contra a ordem econômica ou por atos lesivos à administração pública, na medida em que o acordo de leniência visa ampliar o potencial de sanção sobre outros atores na prática criminosa, como agentes políticos, servidores públicos, empresas que mantenham conexão com outras organizações criminosas independentes, cujas conexões com a prática criminosa não sejam conhecidos ou quando sejam escassos ou elementos de prova. Essa eficácia tem possibilitado, em muitos casos, a identificação dos demais envolvidos na infração e a quantificação do dano decorrente da prática criminosa.

No plano da persecução penal contra organizações criminosas, a Lei nº 9.034/1995, que primeiro dispôs sobre a repressão às organizações criminosas, previa a possibilidade de redução da pena quando houvesse colaboração espontânea do agente capaz de levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. Posteriormente, a Lei nº 12.850/2013 revogou a Lei nº 9.034/1995 e trouxe novas disposições sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, tendo um efeito extraordinário na alavancagem dos resultados com base na Lei Anticorrupção ao prever o instituto da Colaboração Premiada. Pela previsão legal, o juiz poderá, a requerimento das partes, o Ministério Público e o acusado, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a

pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Delação premiada ou, como consta do texto legal, colaboração premiada, é um instituto de direito material com consequências penais, sendo que a principal delas é a diminuição da pena do agente imputado ou a concessão de perdão judicial, nos casos de condenação anterior. O instituto deve ser distinguido da colaboração processual, na qual o acusado confessa seus crimes ainda na fase investigatória, contribuindo para a prevenção de outros delitos cogitados pelos demais coautores. Ocorrendo na fase investigatória, de duas, uma hipótese pode se configurar: a paralisação da investigação, com o arquivamento do inquérito policial, ou a redução da pena na sentença condenatória (MENDRONI, 2009).

Também é importante ressaltar que a colaboração premiada não se confunde com a transação penal, em que a autoridade policial e o Ministério Público fazem um pacto com o delator, isentando-o das penas de outros crimes ou concedendo benesses no cumprimento de penas (CONSERINO, 2011). A condição é que, dessa colaboração, advenham os resultados previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/2013, tais como a identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica ou da divisão de tarefas da organização criminosa; a frustração de infrações penais em andamento decorrentes da organização criminosa; a recuperação produto do crime; e a localização de vítima eventual.

O que de fato vai se configurar depende do grau de auxílio prestado e da obtenção de informações relevantes. Nesse caso, o acordo é firmado entre o Ministério Público e a Defesa, constando da própria denúncia. Tanto o Ministério Público, individualmente, quanto o delegado de polícia mediante a manifestação do Ministério Público, podem requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador. A questão que se pode agregar é como podemos calcular previamente a real eficiência das informações ou coautores referidos na delação sem iniciar nova investigação? Como o delator não precisa aguardar até o fim do processo judicial para se ver beneficiado, a aferição da qualidade da colaboração deve ocorrer antes da fase final do processo (MENDRONI, 2009).

Marcelo Batlouni Mendroni (2009) ainda chamou a atenção para o fato de que a colaboração premiada tem um momento mais adequado para acontecer, situando o autor que esse instante se dá com maior eficácia até o interrogatório judicial. A partir desse momento, mesmo que a delação possa vir a ser útil por relevar novos autores e crimes até então

desconhecidos pela autoridade policial ou pelo MPF, a revelação tardia pode causar transtornos processuais capazes de inviabilizar a persecução.

O agente que denuncia, ao revelar o modo de operar da organização e seus integrantes, há de fazê-lo espontaneamente, sem instigação ou coação de terceiros. Por isso, CONSERINO *et al* (2011) defendem que a mera voluntariedade do agente, atrelado aos requisitos exigidos em lei, tem o condão de gerar o benefício. Assim, ainda que a delação não tenha sido espontânea, isto é, tenha sido induzida por terceiros, a voluntariedade faz nascer os direitos aos benefícios para aquele que faz a delação. A condição é que a informação seja precisa, efetiva e eficaz, contribuindo para o esclarecimento dos fatos e a descoberta de outros coautores. Portanto, uma colaboração ineficaz não trará efeitos benéficos para o agente colaborador (CONSERINO, 2011). Disso resulta que o benefício penal pode ser maior ou menor, sendo proporcional ao grau de colaboração.

2.2 Acordo de leniência na Lei nº 12.529/2011

A Lei de Defesa da Concorrência também possibilita que pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração à ordem econômica e cuja conduta se amolde às competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), caso colaborem efetivamente com as investigações do Conselho, podem com esse celebrar acordo de leniência, do que pode resultar em extinção da ação punitiva da administração pública, com redução de um a dois terços da penalidade administrativa aplicável, sendo, inclusive, considerada a maior inspiração para a Lei Anticorrupção (CARVALHOSA, 2014).

O acordo de leniência com o CADE deve resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Deve haver uma complexa articulação de papéis nas organizações criminosas, quando se voltam para fraudar a ordem econômica, o que requer divisão de tarefas e distribuição de mercado relevante entre os concorrentes e apresentação de propostas fictícias no caso de crimes contra a administração públicas. Como o principal requisito das organizações criminosas é a manutenção de sigilo sobre os acertos realizados e suas práticas, torna-se fundamental ao CADE, na qualidade de autoridade antitruste brasileira, contar com mecanismos eficazes de apuração de condutas (LEITE, 2015).

Cabe ressaltar que o MPF pode apurar crimes econômicos e, também, atuar visando à cessação dos atos imputados aos agentes. Dentre os instrumentos extrajudiciais à disposição do Ministério Público estão presentes vários mecanismos para atender a diferentes objetivos.

Podem ser citadas a proposição de recomendação para impedir a ocorrência do crime econômico, como parte de ação preventiva; a adoção de ações repressivas para interromper a conduta infratora da ordem econômica; a instauração de inquérito civil ou investigação criminal para a apuração dos elementos necessários para instruir a ação judicial civil ou penal; e a proposição de termos de ajustamento de conduta com os agentes econômicos infratores (ANVERSA, 2004). De qualquer modo, uma ação do MPF nesse campo não pode prescindir do apoio das agências integrantes SBDC.

Isto porque, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990, bem como nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, e também naqueles tipificados pelo art. 288 do Código Penal, mediante associação criminosa, a celebração de acordo de leniência com o CADE determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público na esfera penal contra o agente beneficiário da leniência.

A lógica criminosa intentada por cartéis agrupa diversas condutas delituosas. Além dos agentes se valerem de seu poder econômico de mercado, atuam de forma a maximizar os lucros por meio da burla à dinâmica concorrencial, mediante conluio com outros competidores, no sentido de fechar acordos que garantam mútuos benefícios. Há que se registrar, por outro lado, que se observa alguma morosidade na finalização do processo que culminará com o julgamento do Acordo pelo Tribunal do CADE. Outro ponto que Felipe Leite (2015) destacou é quanto à participação do Ministério Público na fase de celebração do acordo de leniência, com a verificação do cumprimento de direitos e garantias e o assentimento dos termos do Acordo, contribuindo para dotá-lo de maior segurança jurídica (LEITE, 2015).

Uma diferença essencial da Lei de Defesa da Concorrência para a Lei Anticorrupção é que a celebração de acordo de leniência com os órgãos administrativos com base na Lei nº 12.846/2013 não afasta o risco de o empresário ter que responder penalmente em decorrência de denúncia ajuizada pelo Ministério Público. Por isso, as empresas que pagaram propinas a agentes públicos e fraudaram licitações, como veio a ser revelado no curso da Operação Lava Jato, têm preferido celebrar acordos de leniência junto ao Ministério Público Federal (MPF), podendo, assim, terem seus agentes beneficiados com proposta de redução de penas.

No âmbito do CADE, o acordo de leniência é instrumento que se encontra disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial coletiva, nos termos do art. 86, parágrafo 1º, da Lei nº 12.529/2011. Tais benefícios podem chegar até a imunidade

total, sendo tanto administrativos quanto criminais, na previsão do art. 86, parágrafo 4º, da Lei nº 12.529/2011. Diferentemente do acordo de leniência previsto no art. 86 da Lei nº 12.529/2011, o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), também celebrado pelo CADE, que consiste em modalidade de acordo com empresas ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica, não gera benefícios na seara criminal, embora permita à autoridade antitruste suspender o prosseguimento de investigações em relação ao Compromissário de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso.

Para que a repressão aos crimes de ordem econômica e, sobretudo, para garantir o sucesso no fechamento do acordo de leniência, são necessárias condições que, na visão de Scott Hammond (2004), podem assim ser resumidas:

- (i) **Penalidades gravosas que inibam a prática dos ilícitos;**
- (ii) **Receio de descoberta dos atos ilícitos e percepção dos riscos a que se expõem os infratores;**
- (iii) **Transparência na aplicação para que as partes saibam de antemão que tratamento receberão ao firmarem o pacto (HAMMOND, 2004).**

Pedro Machado (2017) fez um comparativo, em sua dissertação, dos acordos de leniência na Lei Antitruste e na Lei Anticorrupção:

Quadro comparativo – Acordos de leniência

| ASPECTO | LEI ANTITRUSTE | LEI ANTICORRUPÇÃO |
|---|--|---|
| Alvo | Cartéis e práticas anticoncorrenciais. Tutela da ordem econômica | Corrupção na Administração Pública e fraudes a licitações e contratos públicos |
| Colaborador/beneficiário | Pessoas físicas e jurídicas | Pessoas jurídicas |
| Consequência do acordo eficaz | Cessação da conduta | Ampliação das investigações |
| Sigilo do acordo | Sempre | Enquanto for necessário |
| Se a proposta de acordo frustrar | Não resulta em reconhecimento do ilícito | Não haverá reconhecimento da prática delitiva |
| Efeitos na celebração | Suspende o prazo prescricional dos crimes | Interrompe o prazo prescricional do ilícito |
| Efeitos para a pessoa física do colaborador | Extinção da punibilidade ou redução de 1/3 a 2/3 da pena de multa. Extinção da punibilidade das pessoas físicas que firmarem o acordo, em face dos crimes relacionados. | Redução de até 2/3 do montante da pena de multa aplicável. Não gera efeitos na punibilidade de crimes praticados por pessoas físicas. Mas o MPF pode aplicar em conjunto a Lei 12850/2013, beneficiando a delação premiada. |
| Efeitos não alcançados pelo acordo de leniência | Responsabilização administrativa pelos Tribunais de Contas Responsabilização pelas infrações administrativas da Lei nº 8.666/93 Responsabilização por eventuais atos de improbidade administrativa Responsabilização das pessoas físicas por crimes de lavagem ocultação de bens e valores, e de organização criminosa | Na esfera criminal não isenta de nenhuma responsabilização. Nas demais esferas do direito administrativo sancionador (estrito senso ou judicializado) também não isenta de qualquer responsabilidade |

Fonte: MACHADO (2017)

2.3 Acordo de leniência na Lei nº 12.846/2013

Pela sua ementa, a lei se destina a promover a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas que cometerem atos lesivos à administração pública. Na prática, o acordo de leniência busca, nos termos do art. 16, a identificação dos demais envolvidos no ato ilícito, quando couber e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração, promovendo a denominada ‘alavancagem investigativa’. Como tem por objetivo principal a responsabilização administrativa, inclusive para evitar responsabilização civil, considerando os prazos judiciais dessa última, a Lei nº 12.846/2013 prevê sanções exclusivamente pecuniárias.

Contudo, considerando os objetivos almejados pela Lei Anticorrupção, é possível que a renúncia parcial por parte do Estado a valores devidos pela firma infratora, isto é, receber menos do que o efetivamente devido, pode compensar em face de outros ganhos decorrentes do aprofundamento das investigações a serem realizadas pelos órgãos de controle. É esse o propósito principal do Ministério Público, no que se afasta da posição dos órgãos administrativos (CAMAROTTO, 2017).

Não é possível pensar em Lei Anticorrupção exclusivamente com a dogmática do direito administrativo. É preciso incorporar elementos do direito penal, como, por exemplo, distinguir que o delito de corrupção é crime de mera conduta, ao passo que o conceito de leniência pressupõe um acordo de resultado sujeito à contribuição do acusado na produção probatória. Considera-se, ainda, que agentes públicos não têm legitimidade passiva para integrar o processo administrativo de leniência (CARVALHOSA, 2014).

Por agregar atuações em vários campos do direito, o sistema de combate à corrupção no Brasil opera no modelo Multiagência, com competências concorrentes entre os órgãos mencionados, ao contrário do que ocorre no Sistema de Defesa da Concorrência. Tal circunstância contribui para um ambiente de incerteza, a partir das diferentes visões desses partícipes do processo, cuja falta de unidade prejudica o princípio da segurança jurídica, insculpido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Ricardo Camarotta Abdo (2016) argumenta que não há óbice legal para que, no curso de ação judicial envolvendo ato de corrupção, o administrado decida cooperar com as investigações, situação essa que determina a abertura de procedimento administrativo para análise da viabilidade quanto à celebração do acordo de leniência. Nesse caso, que deve haver a suspensão temporário do processo judicial, cujo resultado ficaria prejudicado em decorrência

da celebração e cumprimento do acordo de leniência. Apesar do acordo ser um ato não excludente da ação estatal punitiva, no campo penal, a leniência envolve um ajuste que se passa no processo administrativo. Se celebrado pelo MPF, o acordo deve ser homologado e aceito pelo juiz, quando tratar de aspectos penais da conduta do réu. Como o colaborador se obriga, em função da leniência, a cooperar com a investigação e com a instrução do processo acusatório, deve arcar com os custos financeiros impostos pelo Estado.

Assim, Thiago Marrara (2015) sustenta que a leniência gera obrigações recíprocas para o Estado e para o infrator. O acusado, no sentido de cooperar com a investigação e com a instrução do processo, obrigando-se a suspender a prática infracional de imediato e adotar medidas de integridade que dificultem a repetição dos atos. Para o poder estatal, pela obrigação de reduzir sanções que seriam aplicadas ao infrator confesso. No processo administrativo o Estado tem o dever de mensurar as sanções para então conceder benefícios de redução de sanções nos casos legalmente permitidos.

A redução de sanções em decorrência de colaboração do infrator não representa novidade no ordenamento jurídico internacional. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos expediu diretrizes para a elaboração de sentenças que versam sobre a consideração de programas de integridade na aplicação de multas contra pessoas jurídicas. No Manual que produziu trouxe, de forma expressa, a possibilidade de atenuação de penalidades caso reste comprovada a aplicação efetiva de medidas de integridade (USA, 2016).

Por consequência lógica, as sanções e benefícios no processo administrativo deveriam se estender, por força de lei, para outras esferas, como a penal, ainda que isso gere questionamentos pelo fato de que a decisão da autoridade administrativa ocasionará efeitos limitativos para o Ministério Público e o Judiciário (MARRARA, 2015). A questão é que o interesse público está sendo representado pelo Estado tanto no processo administrativo quanto no processo penal. Portanto, não faz sentido que no administrativo o interesse público seja diferente daquele manifestado na seara criminal.

Jackeline Póvoas Santos de Andrade (2016) investiga em seu art. se o acordo de leniência, enquanto mecanismo de combate à corrupção, seria capaz de conferir celeridade à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública. A resposta da autora é que isso ocorreu, na medida em que a Lei Anticorrupção mirou a concretude do princípio administrativo da efetividade, reprimindo condutas de agentes privados que fomentam a improbidade no setor público. Para a autora, o que permite ao acordo de leniência

atuar de forma eficaz na responsabilização de pessoas jurídica decorre de sua natureza integrativa, pois permite acoplar no processo administrativo elementos de acordo ou consenso. Diferentemente do processo judicial, no qual as partes defendem seu interesse e buscam no Estado-Juiz a decisão para a lide, no procedimento administrativo para fins de leniência valoriza-se a obtenção do acordo a partir dos pontos de consenso entre as partes, Ministério Público e Defesa. Conseqüentemente, sendo fruto de uma construção integrativa, há menor possibilidade de contestação futura do resultado, o que contribui para a celeridade em seu processamento. Ainda, quanto mais rápida for a decisão de fazer ou não o acordo maior a probabilidade de preservação das provas do fato apontado. Por outro lado, o acordo de leniência assegura um maior respeito ao princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre o individual.

Ainda, não há oferecimento de vantagens desproporcionais para a empresa colaboradora, uma vez que essa tem que arcar com os custos financeiros dos danos apontados, bem como com o ônus de cooperar com a investigação, se falsear informações ou praticar a reserva mental, que se configura quando o agente emite declaração de vontade resguardando, em seu íntimo, o propósito de não atender ou cumprir o fim pretendido, sob pena de ver invalidado o acordo firmado, bem como seus benefícios conferidos aos agentes imputados (ANDRADE, 2016).

No plano administrativo, o Tribunal de Contas da União expediu a Instrução Normativa TCU nº 74, de 11 de fevereiro de 2015, que dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei nº 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei nº 12.846/2013. De acordo com o rito do TCU, a fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União é realizada mediante análise de documentos e informações produzidos pela CGU, autoridade responsável pela celebração do acordo de leniência no Poder Executivo, observando as seguintes etapas: *I – manifestação da pessoa jurídica; II – termos negociados, acompanhados por documentos; III – os acordos de leniência celebrados; IV – relatórios de acompanhamento; V – relatório contendo avaliação dos resultados*” (BRASIL, 2015c).

O TCU também determinou que deverá ser encaminhado ao Tribunal o processo administrativo de reparação integral do dano, para fins de apuração de eventual prejuízo ao erário. Ainda, no parecer do ministro relator, consta que a celebração de acordo de leniência não é capaz de vincular a atuação do TCU no exercício de sua competência constitucional de

controle externo (BRASIL, 2015d). A Instrução Normativa TCU nº 74/2015 foi expressa quanto aos prazos conferidos à CGU para a prática de seus atos, inovando em ponto não disciplinado pela Lei.

Por sua vez, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) possui orientações sobre acordo de leniência contidas em, pelo menos, quatro documentos oficiais. A Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278 define o rito de tramitação do acordo de leniência na CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União (AGU). Um dos propósitos foi inserir a AGU no processo, o que a Lei nº 12.846/2013 não fez, até porque a advocacia pública será chamada para representar o ponto de vista da União, nos casos em que houver demanda judicializada sobre o tema. Outra razão é agregar poder de análise jurídica para a CGU, dada disponibilidade de quadros técnicos na AGU.

Um instrumento normativo importante, expedido pela CGU, é a Portaria nº 910, de 7.04.2015, que, com a alteração dada pela Portaria CGU nº 1.381, de 23.06.17, que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa, regulando o funcionamento de um instrumento denominado de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), instituído por meio do Decreto nº 8.420/2015, que é o processo destinado a investigar os desvios noticiados e a eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, resultando em relatório no qual a comissão designada sugerirá as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo. Ao fim desse procedimento, a CGU pode aplicar algumas sanções, como a proibição da empresa de contratar com a União ou a declaração de inidoneidade, que a proíbe também de emprestar de bancos públicos.

Se, depois de instaurado o PAR a empresa manifestar a intenção de fazer um acordo de leniência, o PAR é suspenso, e as negociações começam. O problema é que essa manifestação de intenção de fazer um acordo deve ser formalizada, com a prestação de algumas informações pela companhia.

O PAR guarda alguma semelhança com o Processo Disciplinar, instituído pela Lei nº 8.112/1990, que é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, em termos de ser conduzido por uma comissão de servidores públicos estáveis que, ao final, produzem um relatório para decisão da autoridade instauradora. Dentre as diferenças, o fato de que o PAR apura a responsabilidade de pessoa jurídica e nem sempre é a única medida adotada pela autoridade que tomar ciência da ocorrência de ato lesivo à administração pública. Na forma do art. 4º do Decreto nº 8.420/2015, a depender

dos indícios de autoria e materialidade que forem apresentados nos levantamentos preliminares, a autoridade pode decidir ou pela instauração do PAR. Pode, alternativamente, optar pela abertura de um processo de investigação preliminar ou pelo arquivamento da matéria. “Essa decisão irá depender da força probatória que os indícios de autoria e materialidade, até então obtidos, terão sobre o convencimento da autoridade competente para dar seguimento a tais medidas procedimentais (BRASIL, 2015a).

3 ASPECTOS CONTROVERTIDOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei Anticorrupção, como toda legislação que afeta interesses ampliados, tem recebido críticas e propostas de modificação. Uma delas quanto ao escasso incentivo que a norma traz no sentido de estimular a colaboração pelas pessoas jurídicas imputadas. Outra crítica, conforme mencionado na introdução, decorre da falta de clareza quanto às competências legais e o papel dos agentes públicos legitimados para a celebração dos acordos de leniência. Em relação ao cálculo do ressarcimento ao Erário, não estão explícitos legalmente os critérios para a definição do montante do dano. Isso se refletiu em uma disputa entre a CGU, o TCU e o MPF sobre a fórmula desse cálculo.

3.1 Críticas à redação da Lei Anticorrupção

Em sua obra com ‘Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas’, Modesto Carvalhosa (2014) refuta as críticas à formulação legal do acordo de leniência. Segundo ele, tais críticas cometem o equívoco de entender a essa lei como solução dos problemas que ocorrem em razão de delitos de corrupção, enquanto objeto de processo penal-administrativo em curso contra a pessoa jurídica imputada.

Mesmo no estrito limite dos órgãos de controle, a imprensa tem noticiado uma diferença de entendimentos entre a CGU e o TCU quanto ao cálculo do montante a ser ressarcido. O acordo de leniência celebrado no âmbito da Lei Anticorrupção depende da vontade do infrator leniente, devendo a colaboração ser eficaz, do ponto de vista do interesse público tutelado pela instituição que represente o Estado. Qualquer que seja essa, a celebração ocorre em procedimento administrativo. Se a autoridade celebrante for órgão administrativo, como a CGU, o acordo apenas terá efeitos na esfera administrativa.

Outro problema detectado decorre da insuficiência de elementos de direito processual na Lei Anticorrupção. Para ficar no exemplo de problemas que isso tem acarretado, no processo administrativo de leniência da Construtora OAS na CGU houve a necessidade de se recomeçar

o processo, em respeito ao princípio do contraditório. É que as provas emprestadas da Operação Lava Jato foram obtidas sem a oitiva da empresa, uma vez que se tratava de processo criminal e as pessoas jurídicas não são parte nessas ações. Assim, a CGU está apurando os fatos relacionados à Construtora OAS, acusada de fraudar licitações para superfaturar contratos da Petrobras assinados entre 2006 e 2012. Esses contratos se referem às obras da Refinaria Getúlio Vargas (Repar), em Araucária (PR), da Refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco, e a obras de construção do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (Comperj). A comissão do PAR terá que ouvir todas as testemunhas que acusam a empresa de fraude a licitações da Petrobras, desprezando-se os depoimentos colhidos em juízo. A CGU decidiu acolher preliminar apresentada em defesa prévia pela defesa da empreiteira, em que a companhia alega que, por ser pessoa jurídica, não pode ser acusada em ação penal. Por isso, não foi intimada sobre os depoimentos dos delatores (CANÁRIO, 2017).

Ainda segundo Modesto Carvalhosa (2014), o acordo de leniência não tem outro objetivo que não o de promover a diminuição de sanções no processo sancionador administrativo. Ou seja, o que se visa é a diminuição das penas para as pessoas jurídicas pactuantes. O grande beneficiário desse regime é o próprio Estado, uma vez que pode atingir resultados na persecução penal ou para fins de recuperação dos recursos desviados, a que não teria acesso se não houvesse esse instrumento, pois, a empresa imputada não teria incentivos para explicitar o modus operandi da rede criminosa (CARVALHOSA, 2014).

No art. 17 a Lei nº 12.846/2013 ainda permite que a administração pública possa celebrar acordo de leniência com pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei de Licitações. Tais artigos tratam de sanções que variam da advertência, passando pela multa e culminando com a suspensão temporária de participação em licitação ou de impedimento de contratar com a Administração, na declaração de inidoneidade. Isso permitiria às autoridades pactuar leniência para impedir a aplicação de penalidades gravosas, o que atenta contra o interesse público (CAMPOS, 2015).

Apesar de se colocar contra os críticos do acordo de leniência, Modesto Carvalhosa (2014) aponta falhas de redação na Lei Anticorrupção. A primeira, contida no inciso I do parágrafo 1º do art. 16, para a qual o autor sustentar que restringir o acordo à pessoa jurídica que seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato é incabível no caso de ilícitos praticados contra a administração pública, devendo ser aplicado apenas no contexto de empresas cartelizadas. No caso das empresas que atuam em situação de

cartel o concurso de crimes ocorre entre duas ou mais empresas para fins de causar danos ao mercado, enquanto que, para a preservação do bem jurídico resguardado no crime de corrupção, o concurso delitivo ocorre entre o agente público e o privado (CARVALHOSA, 2014). Portanto, o benefício exclusivo à primeira pessoa jurídica colaboradora faz sentido no caso de cartel pois a colaboração de uma só já é capaz de dismantelar toda a prática associativa ilícita.

A segunda crítica, dirigida ao inciso II do mesmo parágrafo do art. 16, que informa que o acordo deve ter como requisito que “*a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo*”. Para o autor, trata esse inciso, que foi importado da legislação antitruste americana sem maior rigor terminológico, de compromisso da pactuante para se retirar de associação delituosa para a prática de cartel, devendo a empresa passar a denunciar os demais membros do cartel. De acordo com o autor, cessação de conduta criminosa ocorre na prática de cartel, que tem um começo e fim definido no tempo, ao passo que a corrupção é crime continuado (CARVALHOSA, 2014).

O crime permanente, como na prática de cartel, é aquele cuja consumação se prolonga no tempo. Aqui faz sentido falar de cessação. Já o crime continuado é composto de vários delitos, ligados entre si devido a condições de tempo, lugar, maneira de execução e pessoa, como ocorre com a corrupção, de forma que os subsequentes ocorrem, em geral, como continuação do primeiro.

A terceira crítica do autor destina-se ao inciso III, parágrafo 1º, do art. 16, segundo o qual o acordo de leniência depende de a pessoa jurídica admitir a sua participação no ilícito e cooperar “*plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento*”. Em sua crítica, CARVALHOSA (2014) afirma que a redação foi infeliz pois a celebração do acordo de leniência nem sempre resulta de confissão no delito corruptivo, pois a intenção da pessoa jurídica pode ser constituir prova como estratégia de defesa, de modo a demonstrar que o crime ocorreu com outras pessoas apontadas pela empresa que assina o acordo de leniência, e que o crime noticiado não se consumou em relação a ela própria (CARVALHOSA, 2014).

Para finalizar, ainda segundo CAMPOS (2015) a autora narra que a Lei nº 12.846/2013 falhou por não contemplar os efeitos penais do acordo de leniência. Com isso, é possível que o Ministério Público venha a se utilizar das leniências celebradas junto aos órgãos administrativos para alcançar decretos condenatórios contra pessoas físicas e reparações adicionais de danos no

âmbito civil. Portanto, a Lei Anticorrupção deveria disciplinar a extinção da punibilidade às pessoas jurídicas infratoras e aos seus dirigentes, desde que, efetivamente, cooperem com as investigações e com o processo administrativo. Ainda, critica-se o fato de que não houve previsão de leniência dúplice no processo administrativo relativa aos atos infracionais apurados no decorrer das investigações (CAMPOS, 2015).

3.2 Medida Provisória nº 703/2015

Ante as críticas efetuadas à redação original da Lei nº 12.846/2013, o Governo editou a Medida Provisória (MP) nº 703, de 18 de dezembro de 2015, propondo alterações na Lei nº 12.846/2016, tais como: (i) possibilidade de celebração de acordo de leniência por mais de uma pessoa jurídica envolvida na prática associativa ilícita; (ii) possibilidade de celebração de acordo de leniência diretamente com a CGU, sem obrigatoriedade de participação do Ministério Público; (iii) atuação do TCU em sede de controle repressivo; (iv) dispensa da assunção de culpa ou de confissão da prática ilícita; (v) afastamento de sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666/1993 (DAOLIO, 2016).

Havia a declarada intenção de se contar com procedimentos de celebração de acordo de leniência mais céleres. Por não ter sido votada no prazo do art. 62 da Constituição (sessenta dias, prorrogáveis por igual período), a MP nº 703/2015 perdeu sua eficácia.

Ainda assim, a análise dessa MP permite situar o alcance das mudanças que se pretendia à época. A primeira modificação proposta era no art., onde trata da comissão constituída para a apuração de responsabilidade da pessoa jurídica. Ao invés da comissão dar conhecimento ao MPF quando da conclusão do procedimento administrativo, isso passaria a ocorrer na instauração do procedimento. A modificação no caput do art. 16 da lei foi para possibilitar que os órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, pudessem celebrar acordo de leniência. O texto legal vigente estabelece que a autoridade máxima de esfera pública possa celebrar o acordo de leniência. Além disso, o resultado da colaboração deveria resultar na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, retirando-se do texto a palavra “célere” após a palavra “obtenção” e substituindo a expressão “o ilícito sob apuração” pela expressão “a infração noticiada ou sob investigação”.

No parágrafo 14 da MP nº 703/2015 estipulava-se que o acordo de leniência, depois de assinado, seria encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, para que esse pudesse instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no parágrafo 3º.

Contudo, houve críticas a esse ponto uma vez que a participação em momento ulterior do TCU impediria a agregação de conhecimento técnico, econômico-financeiro e contábil, sobretudo quanto à definição do valor da reparação pelo dano ao erário. A medida fere a Constituição, que dispõe sobre o poder geral de cautela dos Tribunais de Contas (DAOLIO, 2016).

Por último, cabe destacar que a MP nº 703/2015 passava a permitir que mais de uma empresa celebrasse o acordo de leniência nos casos de conluio. O aperfeiçoamento do acordo de leniência enquanto ferramenta de combate à corrupção justifica a maior amplitude possível que possa gerar esse ajuste para conferir efetividade ao instituto e celeridade ao processo (ANDRADE, 2016). O conjunto de alterações propostas poderia contribuir para diminuir a insegurança jurídica apontada. Com a perda de eficácia da MP nº 703/2015, a situação voltou ao status anteriormente vigente, contribuindo para a incerteza atual que predomina nessa questão.

3.3 Diferenças de entendimentos entre a CGU, o TCU e o MPF

Como mencionado anteriormente, há poderes exclusivos do Ministério Público, na esfera penal e poderes exclusivos do Tribunal de Contas da União e do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União como moeda de troca para o fechamento dos acordos de leniência. Enquanto que o MPF pode propor a redução penal ou extinção de punibilidade no campo criminal, os órgãos administrativos de controle interno (CGU) e de controle externo (TCU) tem poder exclusivo de declarar a inidoneidade de empresas (privadas) que derem causa ao desvio de recursos públicos, desde que elas não façam o ressarcimento ao Erário em montante calculado administrativamente.

Dentre as críticas feitas pelos órgãos de controle em relação à possibilidade de celebração de acordo de leniência, em relação ao cálculo do dano ao Erário, é que o MPF não tem expertise na área financeira, não sendo adequadamente calculado o ressarcimento que propõe, nem insuficiente para repor o prejuízo apontado.

Não há regras rigidamente estabelecidas em lei para se calcular o montante real do desvio de recursos públicos em casos de corrupção. O problema decorrente das diferentes percepções de valores de desvios é que, ainda que as empresas que cometam ilícitos tenham firmado acordo de leniência com o Ministério Público, os órgãos administrativos também possuem independência funcional para executar a punição prevista na Lei de Licitações se entenderem que o ressarcimento determinado pelo MPF em acordo de leniência conduzido pelo *Parquet* foi insuficiente para cobrir o dano ao Erário estimado pelos órgãos de controle interno

e externo. Portanto, o que dificulta o consenso entre os órgãos públicos legitimados para celebrar o acordo de leniência (CGU e MPF) ou com eles concordarem (TCU) gira em torno da forma de cálculo do ressarcimento ao Erário. Essas diferenças não sejam explicitadas institucionalmente pelos órgãos. Toda discussão existente se dá por meio dos órgãos de imprensa (CAMAROTTO, 2017).

Em parte, porque as tratativas para a conclusão de acordos de leniência com base na Lei nº 12846/2013 estão em andamento. Os que foram celebrados, como os da UTC Engenharia S.A, no valor de R\$ 574 milhões, no âmbito da Operação Lava Jato, e da Bilfinger Maschinenbau GmbH & Co KG, envolvida em atos lesivos contra a Marinha do Brasil, no valor de R\$ 9,8 milhões, celebrados com a CGU, ou, ainda, os acordos com as construtoras Norberto Odebrecht S.A., Camargo Correa S.A. e Andrade Gutierrez S.A., celebrados com o MPF, ainda foram julgados administrativamente pelo TCU.

O pagamento acertado pela UTC com a CGU diverge em muito do prejuízo apurado pelo TCU em uma auditoria. Segundo o Tribunal, o dano ao erário foi estimado em R\$ 1,6 bilhão, quase o triplo do previsto no acordo de leniência. As perdas se referem ao superfaturamento de contratos da UTC com a Petrobras. De acordo com Fábio Fabrini (2017), para fins de seu cálculo, a CGU levou em conta o dano confessado pela UTC, dos quais R\$ 110 milhões se refeririam ao que a empreiteira admitiu ter pago em propinas. Os outros R\$ 400 milhões corresponderiam a 70% do lucro que a empresa auferiu nos contratos em que obteve de forma ilícita, sendo que os restantes 30% não serão cobrados (FABRINI, 2017).

Para fechar o cálculo, a CGU utilizou o parâmetro de multas previstas na Lei Anticorrupção (BRASIL, 2015b).

Sobre os entendimentos do TCU acerca de acordos de leniência, registram-se o que consta da Instrução Normativa nº 74/2015; nas discussões contidas no Acórdão TCU Plenário nº 483/2017 sobre as obras da Usina Termonuclear de Angra 3, objeto de acordo de leniência com o MPF; no Acórdão TCU Plenário nº 1207/2015, que discutiu os embargos de declaração opostos pela CGU e pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, nos quais foram alegadas omissões, contradição e obscuridade no Acórdão TCU Plenário nº 824/2015; e no Acórdão TCU Plenário nº 824/2015, pelo qual o TCU apreciou representação de autoria de procurador de contas acerca de potenciais riscos nos acordos de leniência que venham a ser celebrados pela CGU com empresas investigadas no âmbito da operação Lava Jato.

De destaque nas manifestações do TCU, aponta-se o registro da ilegalidade do inciso I, do art. 30 do Decreto nº 8.420/2015, uma vez que a redação da parte final do inciso, contendo a expressão “quando tal circunstância for relevante”, poderia permitir a celebração do acordo de leniência junto a mais de uma empresa com envolvimento no ato ilícito em apuração, quando a Lei nº 12.846/2013 não o fez.

Por isso, o TCU sustenta que, por haver correlação entre os ilícitos criminais praticados pelas pessoas físicas que buscam a delação premiada e os ilícitos administrativo-financeiros reportados nos acordos de leniência celebrados pela CGU e pelo MPF no âmbito da operação Lava Jato são materialmente semelhantes. Assim, idênticas hipóteses devem gerar idênticos entendimentos sobre as consequências financeiras do acordo de leniência, ressalvados os acertos efetuados pelo MPF antes da emissão do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que balizou as decisões da CGU, mas não se enquadra nas situações juridicamente estabelecidas, que foram objeto de acordos de delação premiada junto ao MPF.

Considerações Finais

De acordo com a Constituição de 1988, o órgão de controle interno (CGU) deve atuar no apoio ao controle externo (TCU) no exercício da missão constitucional desse. Nesse sentido, a CGU tem viabilizado o acesso ao processo de negociação em pedidos de acordos de leniência às equipes técnicas de auditoria do TCU, o que permite um acompanhamento contínuo de cada etapa do processo de negociação. Mas, a celebração de acordo de leniência junto aos órgãos administrativos, como CGU, ainda que com supervisão do TCU, sujeita a pessoa física colaboradora, que atua em nome da empresa leniente, a riscos de ordem penal. Caso feche acordo de leniência com o MPF, a pessoa jurídica estará sujeita à punição administrativa dos órgãos de controle.

Não haverá segurança jurídica se inexistir aperfeiçoamento legal ou estabilização jurisprudencial que permita afastar dilemas que atentem contra segurança jurídica. Não obstante o fato de que a Lei nº 12.846/2013 previu que, exclusivamente, a CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública, essa competência tem sido avocada pelo Ministério Público Federal, que, sendo titular da ação penal, pode propor transação em acordos com redução da punibilidade ao acusado.

O mesmo se pode afirmar do TCU, que, embora não tenha competência para celebrar acordo de leniência, atua como fiscal da regularidade do gasto público e, em função disso, pode

rejeitar, na parte financeira, acordos celebrados pela CGU ou pelo MPF em que julgue não estar sendo atendido o interesse público e, como consequência disso, tem o poder de declarar inidônea a empresa, mesmo que tenha celebrado o acordo de leniência. A disputa entre esses órgãos gira em torno do montante a ser ressarcido e do momento em que deve ocorrer o ressarcimento, como condição ou não para o fechamento do acordo. Em função disso, a insegurança jurídica nos acordos de leniência tornou-se a principal marca da Lei nº 12.846/2013, com a sua redação atual.

É indubitável que a Lei Anticorrupção ajudou a criar um sistema de responsabilização de empresas pela prática de ilícitos contra a administração pública, por meio da qual o Estado passou agora detém meios de ampliar de sancionar pessoas jurídicas de forma efetiva. Anteriormente, a ação estatal ficava restrita à punição das pessoas naturais que agiam em nome das empresas ou, ainda, à aplicação de sanções judiciais ou administrativas de fundo contratual ou regulatório. O acordo de leniência possibilita incorporar novos elementos de prova sobre ilícitos, com a chamada alavancagem da capacidade investigativa. É graças a ele que houve a extraordinária ampliação da possibilidade de sanção sobre outros sujeitos que permaneciam ocultos na relação público-privado, como os agentes políticos.

Referências

ABDO, R. C. **Lei anticorrupção**: o acordo de leniência e seus principais aspectos. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC, São Paulo, 2016.

ANDRADE, J. P. S. O combate à corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013: a busca pela efetividade da Lei e celeridade do processo de responsabilização através do acordo de leniência. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – USP, vol. 4, n. 1, p. 170-203, 2017.

ANVERSA, G. L. A. **A defesa da concorrência no Brasil**: experiência histórica, fundamentos teóricos e ação do Ministério Público Federal. 138 f. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2004.

BRASIL. CGU. **Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica**. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Sanções e cálculo da multa**: entenda como as empresas podem ser punidas com base na Lei Anticorrupção e as formas de cálculo da multa administrativa. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/Lei-anticorrupcao/sancoes> Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. TCU. Instrução Normativa nº 74, de 11 de fevereiro de 2015c. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Poder Executivo, Brasília, 12 fev. 2015.

_____. TCU. **Processo TC 002.612/2015-1**. Brasília, 11 fev. 2015d. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarReIVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=518479>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CAMAROTTO, M. Lei Anticorrupção: um porrete para cada órgão. **Valor Econômico**, São Paulo, 09 ago. 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/5073164/Lei-anticorruptao-um-porrete-para-cada-orgao>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CARVALHOSA, M. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: RT, 2014.

CAMPOS, P. T. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – USP, vol. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

CANÁRIO, P. CGU terá de ouvir de novo delatores da "lava jato" em processo contra OAS. **Conjur**, São Paulo, 02 ago. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-ago-02/cgu-ouvir-delatores-lava-jato-processo-oas>. Acesso em: 11 ago. 2017.

CONSERINO, C. R.; VASCONCELOS, C. R. C; MAGNO, L. E. **Crime organizado e institutos correlatos**. São Paulo: Atlas, 2011.

DAOLIO, F. B. M. 2016. Os impactos da perda de vigência e eficácia da MP 703 nos acordos de leniência. **Carta Forense**, São Paulo, 03 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/os-impactos-da-perda-de-vigencia-e-eficacia-da-mp-703-nos-acordos-de-leniencia/16612>. Acesso em: 11 ago. 2017.

FABRINI, F. 2017. Valor a ser pago pela UTC em acordo de leniência é um terço do apurado pelo TCU. **Agência Estado**. Belo Horizonte, 10 jul. 2017. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/07/10/interna_politica,882643/valor-a-ser-pago-pela-utc-em-acordo-de-leniencia-e-um-terco-do-apurado.shtml. Acesso em: 11 ago. 2017.

HAMMOND, S. **Cornerstones of an Effective Leniency Program in ICN Workshop on Leniency Programs**. Sydney, 22 nov. 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

LEITE, F. M. C. **Entre política econômica e política criminal: a aplicabilidade do acordo de leniência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa, 2015.

MACHADO, P. A. O. **O acordo de leniência e a Lei de improbidade administrativa: uma integração necessária**. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília - UNIMAR, Marília, 2017.

MARRARA, T. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo – USP, vol. 2, n. 2, p. 509-527, 2015.

MENDRONI, M. B. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2009.

USA. Department of Justice. **Guidelines Manual**. United States Sentencing Commission, Washington, nov. 2016. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/>. Acesso em: 11 ago. 2017.